

## SEÇÃO CRIMINAL

### Comentários sobre o “habeas corpus”

MARCO ANTÔNIO DE BARROS (\*)

Procurador de Justiça - SP

**SUMÁRIO:** 1 – Etimologia. 2 – Breve esboço histórico. 3 – Fundamento legal do HC em nosso País. 4 – Natureza jurídica. 5 – Legitimação para impetrar. 6 – Paciente e coator. 7 – HC preventivo e HC liberatório. 8 – Condições essenciais para impetração. 9 – Constrangimento ilegal. 10 – Hipóteses de configuração de constrangimento ilegal. 11 – Conteúdo da petição. 12 – Competência. 13 – Rejeição e concessão liminar. 14 – Concessão “ex officio”. 15 – Apresentação do paciente e requisição de informações. 16 – Renovação do pedido e recurso. 17 – Pagamento das custas.

#### 1 – Etimologia

Locução composta do verbo latino *habeas*, de *habeo* (ter, tomar, andar com) e *corpus* (corpo), de modo que se pode traduzir: “ande com o corpo” ou “tenha o corpo”.<sup>(1)</sup>

Protege sobretudo a liberdade de locomoção, aí compreendida a liberdade de ir e vir, mover-se, parar, ficar, entrar e sair.

#### 2 – Breve esboço histórico

O registro inicial de sua inserção no rol dos direitos e garantias do homem remonta ao século XIII, ano de 1215, sendo originário do Direito inglês. Naquele período, Ricardo Coração de Leão, filho de Henrique II, herdou o trono da Inglaterra e ao reger a monarquia tornou-se uma figura muito querida do povo.

Morto em consequência de ferimentos recebidos em uma das batalhas travadas na Normandia, no tempo das Cruzadas, Ricardo foi sucedido por seu irmão mais novo, João Sem Terra, assim cognominado porque Henrique II, seu pai, não o contemplara com nenhuma das Províncias destinadas aos outros filhos.

João Sem Terra cobiçava o trono e por vezes tentou usurpá-lo de seu irmão Ricardo.

(\*) Diretor da Faculdade de Direito das FMU e Professor de Direito Processual Civil.

(1) Silva, de Plácido e, “Vocabulário Jurídico”, Editora Forense – 3ª edição – pág. 370

Quando assumiu a monarquia transformou o reinado em uma longa e tenebrosa noite na vida social e política do povo inglês, sendo incalculáveis os prejuízos provocados ao Reino em decorrência de sua desastrosa passagem na condição de detentor do cetro monárquico durante 17 anos (1199 a 1216).

A história conta que o poder fluía ao sabor da vontade e prazeres menos nobres desse rei, de sorte que a sua prepotência pôs abaixo as instituições, direitos e garantias dos cidadãos, até que a fidalguia, sentindo-se igualmente aviltada, aliou-se ao povo, dando lugar ao que ficou conhecido como "pacto dos barões de ferro", sendo então exigida de João Sem Terra uma carta que assegurasse a todos a inviolabilidade e a garantia dos seus direitos.

Então, comandada pelos condes e barões, estabeleceu-se a revolta do povo que não ofereceu outra opção ao monarca que não fosse ceder às reivindicações, de forma que foi assinado o ato que se denominou Magna Libertatum, onde foi inserida a garantia da liberdade de locomoção, liberdade física ou *jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*.

Deste breve relato se infere que a Carta Magna foi elaborada com o propósito de proteger os barões contra o despotismo do rei, mas com a evolução do tempo acabou sendo incorporada ao patrimônio de conquistas comuns do povo, no sentido de garantir a cada cidadão a sua liberdade, inerente à condição de ser humano.<sup>(2) (3)</sup>

### 3 – Fundamento legal do HC em nosso País

Seu primeiro registro na legislação brasileira consta do artigo 340 do Código de Processo Criminal de 1832, editado na época do império. De lá para cá o *habeas corpus* veio se firmando mais e mais em nossas raízes jurídicas, galgando patamares na pirâmide hierárquica do conjunto de leis, até alcançar ares de garantia constitucional assegurada a qualquer do povo.

Claro que muito se poderia escrever para efeito de registro dos avanços e retrocessos impostos a essa garantia desde a sua inserção em nosso ordenamento jurídico até os dias atuais. Porém, a brevidade de anotações que se pretende firmar neste curto comentário não permite digressões para destacar período histórico pretérito em que se emprestou ao *habeas corpus* tamanha amplitude de modo a travesti-lo em falsa panaceia utilizável contra qualquer violação ou coação de todo e qualquer direito, muito menos se pode aqui gozar de espaço para ressaltar justamente o oposto, ou seja, o acioamento a que foi submetido o *habeas corpus* durante a época não tão distante do domínio militar, quando prevaleceu o Ato Institucional nº 5/68, em cujo período de sua vigência predominou uma ordem jurídica ambígua – para dizer menos –, pois, se o *habeas corpus* existia na letra da Constituição, não constava da pauta da Justiça.

Mas essa fase obscura e de triste lembrança passou e hoje, na vigência da Constituição Federal de 1988, mencionada por muitos como sendo a "Constituição Cidadã", em seu artigo 5º, inciso LXVIII, no Título que trata dos direitos e garantias fundamentais, está dito que conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Na lei infraconstitucional o *habeas corpus* encontra sua regulamentação procedimental no Código de Processo Penal, em seus artigos 647 a 668, donde se extraem algumas características que serão adiante pinceladas sob o rigoroso predomínio da objetividade a que se presta este trabalho.

(2) Camargo, Luiz Coelho de, "Habeas Corpus" – Edit. Jalovi – 1ª edição – págs. 15/18

(3) Pacheco, J.E. de Carvalho, "Prática, Processo e Jurisprudência" – vol. 8, Ed. Jurua – 4º

### 4 – Natureza jurídica

Conquanto tenha o legislador ordinário incluído o *habeas corpus* no Título denominado "Dos Recursos em Geral", recurso ele não é. Essa idéia fica afastada pela simples lembrança de que pode ser impetrado com o intuito de trancar o andamento de inquérito policial, em cuja fase da persecução criminal não se há de impugnar decisão judicial.

Este *remedium juris* é ação. Poderá ser ação penal de natureza cautelar quando impetrado, por exemplo, para fazer cessar constrangimento decorrente de excesso de prazo no desenrolar do processo. De outra via, será ação penal constitutiva quando objetivar o reconhecimento de nulidade absoluta em processo findo com sentença transitada em julgado. Ainda poderá configurar simplesmente ação penal declaratória nos casos em que declara a inexistência de uma relação jurídico-material, como ocorre na hipótese de trancamento de processo penal por falta de justa causa.

### 5 – Legitimação para impetrar

O *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público, é o que preceitua o artigo 654 do Código de Processo Penal.

Verifica-se o abrandamento do pressuposto processual da capacidade postulatória, pois a impetração pode ser deduzida pelo próprio paciente, ou por qualquer outra pessoa, maior ou menor, sem necessidade de se outorgar procuração a advogado. Tão irrestrita é sua amplitude que até mesmo a pessoa jurídica pode impetrar *habeas corpus*, por exemplo, em favor de um sócio ou funcionário.

Também o Promotor de Justiça goza de plena autonomia para interpor *habeas corpus* perante os Tribunais Estaduais competentes, amparando-se na Lei Orgânica Nacional (nº 8.625, de 12.2.93, art. 32, I) e na Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo (Lei Complementar nº 734, de 26.11.93, art. 121, I).

### 6 – Paciente e coator

Paciente é a pessoa que está sofrendo a coação ilegal ou está na iminência de sofrê-la. Como já foi dito, o próprio paciente pode impetrar o *habeas corpus*, sendo-lhe então atribuída a denominação de impetrante-paciente.

De outro lado, embora o Código utilize a expressão "detentor" para destacar, na relação jurídica processual, a pessoa que está causando ou ameaça causar ao paciente um constrangimento ilegal, na prática é voz corrente denominá-la autoridade coatora ou simplesmente coatora, pois nada impede que a coação ilegal seja praticada por particular. A propósito, tome-se por exemplo o proprietário de uma mina que, ao se ver na iminência de enfrentar uma greve deflagrada por seus funcionários, não permite aos mineiros saírem de suas cavidades. Em tal hipótese perfeitamente admissível será a impetração do remédio jurídico.

### 7 – HC preventivo e HC liberatório

O *habeas corpus* pode ser preventivo ou liberatório. Preventivo é aquele que foi impetrado com o fim de impedir a consumação de uma violência ou coação iminente (que está em via de efetivação imediata). Neste caso busca-se a expedição de "salvo-conduto".

Liberatório é o que se impetra com o fito de fazer cessar a violência ou coação na sua liberdade ambulatoria. Aqui postula-se a concessão do "alvará de soltura".

## 8 – Condições essenciais para impetração

A impetração somente será exitória se atender à satisfação das seguintes condições:

- a) existência da violência ou coação atual ou iminente;
- b) que a violência ou coação seja ilegal ou decorrente de abuso de poder;
- c) que a violência ou coação seja contra a liberdade de locomoção.

Estes requisitos são abstraídos da norma constitucional (art. 5º, LXVIII), por sinal mais favorável ao paciente que o permissivo legal previsto no artigo 647 do Código de Processo Penal, pois ali se fez a ressalva da inaplicabilidade da impetração quando a violência ou coação se revista de caráter disciplinar e tiver sido exercida por superior hierárquico do paciente. Essa restrição não foi repetida no novo texto constitucional e, por isso, também contra superior hierárquico que exorbitar de seus poderes, pondo em risco a liberdade de locomoção, igualmente admitir-se-á a impetração.

## 9 – Constrangimento ilegal

Preleciona Tourinho Filho que a violência é a **vis absoluta**, que se traduz num constrangimento físico, efetivo ou iminente (prisão, cárcere privado, seqüestro). Para definir a coação, o renomado processualista menciona lição de Hungria, asseverando que é o constrangimento de alguém, por meios físicos ou morais, a **um facere** ou a **um non facere**. Violência e coação geram um constrangimento. Então pode-se dizer que o constrangimento é espécie de que são gêneros a violência e a coação.<sup>(4)</sup>

## 10 – Hipóteses de configuração de constrangimento ilegal

O artigo 648 do CPP as elenca, sendo a primeira delas atinente à ausência de justa causa. Somente tem cabimento a instauração de inquérito policial ou de ação penal quando os procedimentos se fundem em indícios razoáveis de autoria e da existência de um fato criminoso. A justa causa se relaciona, portanto, à satisfação de requisitos previstos na lei que estabelecer a sanção retributiva à infração penal.

Configura-se outra hipótese de constrangimento ilegal quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei (art. 648, II).

No caso de cumprimento de pena irrogada em sentença já transitada em julgado, imperioso se torna evitar o excesso da permanência do réu condenado na prisão, ainda que por um dia apenas.

Sem recorrer a qualquer estatística e norteando-me apenas pela experiência aferida no trato diário dos **habeas corpus** distribuídos à Procuradoria de Justiça, afirmo, sem temer engano, que com base no dispositivo legal que ora se comenta é que se apresenta maior incidência de impetrações denunciando o excesso de prazos processuais no curso de ações penais em que figuram réus custodiados cautelarmente.

Pois foi um acórdão do Tribunal de Minas Gerais, do ano de 1962, que serviu de precedente jurisprudencial mediante o qual erigiu-se o entendimento de que o réu preso provisoriamente deve ser processado e julgado no prazo de 81 dias, quando se trate de procedimento ordinário, somando-se os prazos individuais estabelecidos para a realização dos atos forenses, da seguinte forma: inquérito = 10 dias (art. 10); denúncia = 05 dias (art. 46); defesa prévia = 3 dias (art. 395); inquirição de testemunhas = 20 dias (art. 401); requerimento de diligências = 2 dias (art. 499); despacho do requerimento = 10 dias (art.

499, c.c. o art. 800, § 3º); alegações das partes = 6 dias (art. 500); diligências **ex officio** = 20 dias (art. 502, c.c. o art. 800, § 3º).<sup>(5)</sup>

Mais de três décadas passaram-se da edição desse acórdão e, nesse lapso temporal, a sociedade e poder estatal passaram por muitas transformações. Hoje, no seio dos nossos Tribunais não vigora mais o tom até certo ponto liberal daquele entendimento.

Outrossim, não se pode olvidar que o **habeas corpus** surgiu como instrumento de combate ao despotismo, e posto em suas raízes à disposição e benefício do homem de bem, ou em favor da massa ordeira do povo, e não a serviço de criminosos perigosíssimos, afeitos à prática de delitos graves que atormentam a sociedade.

A escalada sem precedentes da criminalidade, as deficiências materiais do Estado, que sequer consegue atender as requisições judiciais de apresentação de presos ao Juízo, ora alegando-se falta de viaturas, ora escusando-se com a falta de combustível para abastecê-las, levando a um número inimaginável de audiências redesignadas, com prejuízos para as vítimas, testemunhas, advogados e sobretudo para a imagem do Poder Judiciário, sem contar a falência do sistema carcerário, donde multiplicam-se os motins e fugas em massa, com constantes transferências de presos de presídios, cadeias públicas e distritos policiais, têm exigido reflexão atenta e cautelosa dos magistrados, de sorte que a rigidez daquele prazo apurado aritmeticamente tem perdido força.

Tais mazelas não podem ser atribuídas exclusivamente ao Poder Judiciário. Nós sabemos que o Judiciário, como toda e qualquer Instituição, possui deficiências. Mas é tarefa das mais árduas sensibilizar os jurisdicionados e o povo em geral de que o Judiciário enfrenta duras e indevidas críticas, pois ele não goza de instrumentos legais ou materiais capazes de dar cabo à impotência administrativa de outros órgãos do Estado.

Este caos não é apenas lamentável ou preocupante. É sobretudo perigoso, porque se de um lado a Justiça se vê premida em executar com segurança a lei penal, de outro temos os infratores presos relegados a uma situação absurdamente contrária aos princípios de reeducação que se almeja no cumprimento das sanções, sem contar as péssimas condições humanas a que são submetidos, não obstante usufruam de mais refeições diárias e gratuitas do que o grande contingente de miseráveis e pobres da nossa Nação.

Sensíveis às consequências de tão grave situação, as Cortes paulistas passaram a restringir as concessões de ordens de **habeas corpus** desse gênero, e tal entendimento já conta com o apoio sumular do Superior Tribunal de Justiça, que em seu enunciado nº 52 estabelece que encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo.

Ainda segundo o Código de Processo Penal, a coação considerar-se-á ilegal: quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; quando o processo for manifestamente nulo; e quando extinta a punibilidade (648, III a VII).

## 11 – Conteúdo da petição

Segundo dispõe a lei adjetiva (art. 654, 1º, letras “a” a “c”), a petição de **habeas corpus** deve conter:

- a) nome e qualificação do impetrante;
- b) nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação (se possível, acrescentar a qualificação do paciente);

(4) Tourinho Filho, Fernando da Costa, “Processo Penal” – 8ª Edição – Saraiva – pág. 429.

(5) idem, págs. 430/431iis.



c) nome do coator, ou dados que permitam identificar a pessoa ou autoridade que exerce a violência, coação ou ameaça;

d) a declaração da espécie de constrangimento ou, em se tratando de simples ameaça de coação, as razões em que se funda o seu temor;

e) a assinatura do impetrante, ou de alguém a seu rogo, quando não souber ou não puder escrever.

A petição não se impõe rigor formal. Ela pode ser manuscrita na mais simples folha de papel. Aliás é o que acontece em geral nas impetrações elaboradas pelos pacientes presos.

## 12 – Competência

Como toda petição a impetração também deve ser dirigida a um juiz ou Tribunal competente. E a competência para julgar **habeas corpus** tanto se estabelece originariamente quanto pela via recursal.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal é o órgão competente para processar e julgar originariamente o **mandamus** quando o paciente for o Presidente da República, Vice-Presidente, membro do Congresso Nacional, Ministro de Estado e Ministro dos Tribunais Superiores, além de membro do Tribunal de Contas da União e Chefe de missão diplomática de caráter permanente (art. 102, I, "d", da Constituição Federal).

Em sede de recurso ordinário-constitucional o STF é a Corte competente para julgar impugnação formulada contra **habeas corpus** decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão (art. 102, II, "a" CF).

Já ao Superior Tribunal de Justiça compete processar e julgar originariamente **habeas corpus** quando o coator ou paciente for Governador do Estado e do Distrito Federal, Desembargador dos Tribunais de Justiça dos Estados, membro do Tribunal de Contas Estadual e do Distrito Federal, bem assim os órgãos dos Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, além dos integrantes de Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e do Ministério Público da União (art. 105, I, "c", CF).

Considerada a via recursal o STJ é o órgão competente para julgar, em recurso ordinário, o **habeas corpus** decidido em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais de Justiça e Tribunais de Alçada dos Estados, quando a decisão for denegatória (art. 105, II, "a", CF).

De seu turno, caberá ao Tribunal Regional Federal processar e julgar originariamente **habeas corpus** quando a autoridade coatora for Juiz federal, ou em grau de recurso, **habeas corpus** já decidido na instância federal inferior (art. 108, I, "d" e inciso II, CF). Aliás, ao Juiz federal compete originariamente julgar **habeas corpus** em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição (art. 109, VII, CF).

Na esfera estadual, compete ao Tribunal de Justiça julgar originariamente **habeas corpus** em processo cujo recurso for de sua competência ou quando o coator ou paciente for autoridade diretamente sujeita a sua jurisdição, ressalvada a competência do Tribunal de Justiça Militar, nos processos cujos recursos forem de sua competência (art. 74, IV, Constituição Estadual).

Quanto ao Tribunal de Alçada Criminal, compete-lhe processar e julgar originariamente **habeas corpus** impetrado contra ato de autoridade, sempre relacionado com as causas de sua competência recursal (art. 15, I, "d" – Resolução Judiciária nº 2, de 15.12.1976).

Finalmente, a competência do Juiz federal e do Juiz de Direito estadual é residual, competindo-lhes processar e julgar **habeas corpus** em conformidade com a abrangência de sua competência federal ou estadual.

## 13 – Rejeição e concessão liminar

A rejeição liminar da petição tem sido evitada por nossos Tribunais, mesmo naqueles casos em que ela se apresenta repleta de imperfeições técnicas ou omissas quanto aos seus elementos básicos, pois as falhas são relevadas em homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa do paciente e dessa forma acabam sendo invariavelmente supridas pela intervenção do Ministério Público, eis que é comum o Procurador de Justiça requerer a conversão do julgamento em diligência para coleta de elementos que tornem possível avaliar a veracidade do quanto tenha sido alegado pelo paciente na impetração.

De outro vértice, a concessão da ordem **ad referendum** da Câmara, ou seja, aquela que é conferida de plano, no momento em que o Vice-Presidente do Tribunal a recebe, é perfeitamente possível de ser efetivada e tem ocorrido com maior frequência no **habeas corpus** impetrado para revogar prisões decretadas em ações civis de depósito e de execução de prestação alimentícia (art. 660, 2º, CPP).

## 14 – Concessão "ex officio"

Os Juizes e Tribunais podem expedir de ofício ordem de **habeas corpus**, quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (art. 654, 2º, CPP).

Entanto, preocupou-se o legislador em controlar com maior rigor a concessão **ex officio** e mesmo a derivada de provocação, quando tenha sido originária de Juízo monocrático, impondo a este a "interposição do recurso necessário", interposto também de ofício, pelo próprio Juiz na exata terminologia empregada pelo artigo 574, I do Código de Processo Penal. De se observar ainda que esse reexame obrigatório da concessão **ex officio** não prevalece quando a ordem tenha sido decretada por órgão do juízo colegiado.

## 15 – Apresentação do paciente e requisição de informações

Prevê a lei que, se o Magistrado julgar necessário, mandará que o paciente preso lhe seja imediatamente apresentado pelo detentor (arts. 656 e 657).

Sabe-se, no entanto, que essa apresentação, na prática, é excepcional. Na verdade, deferida ou negada a liminar por ocasião do despacho da inicial, o Tribunal ou Juiz requisitam as informações da autoridade apontada como coatora e somente após o encarte das mesmas é que os autos seguirão para o Ministério Público apresentar seu parecer, no prazo de 02 dias, seguindo-se o sorteio de relator e o seu julgamento na primeira sessão subsequente.

## 16 – Renovação do pedido e recurso

A decisão denegatória de **habeas corpus** não faz coisa julgada. Admite-se então a renovação do pedido. Todavia é preciso que o pedido inove, isto é, que nele estejam contidos novos elementos ou provas que justifiquem a concessão da ordem, pois se se tratar de mera reiteração, certamente não será sequer conhecido.

No caso de persistência dos argumentos sugere-se a interposição de recurso. Contra a decisão denegatória de Juiz singular tem cabimento o recurso em sentido estrito dirigido ao

Tribunal de Justiça ou ao Tribunal de Alçada Criminal, conforme a competência de cada um deles (art. 581, X, CPP).

Pondera-se ainda por optar-se pela impetração direta de novo **habeas corpus** diretamente ao Tribunal competente, evitando-se assim a demora na tramitação do recurso em sentido estrito.

De outra forma, se se pretender impugnar acórdão concessivo ou denegatório da ordem, caberá interpor o recurso ordinário-constitucional dirigindo-se-o ao Superior Tribunal de Justiça (art. 105, II, "a", da Constituição Federal).

## 17 – Pagamento das custas

Diz a lei também que ordenada a soltura do paciente em virtude de **habeas corpus**, será condenada nas custas a autoridade que, por má-fé ou evidente abuso de poder, tiver determinado a coação (art. 653, caput, CPP).

Embora prevista no código, essa norma não tem sido aplicada. De sorte que este precioso remédio jurídico, na prática, é agasalhado por dois importantes princípios, quais sejam, o da celeridade dos atos forenses e o da isenção de custas.

